

Secretaría de Sala: Da. María Antonia Cao Barreda
Causa Especial Rº Nº 20048/2009

AL TRIBUNAL SUPREMO Sala Penal

Doña M^a JOSE MILLAN VALERO, colegiada 109, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de las personas que constan en el escrito de personación, registrado con fecha 4 de junio de 2009, lo que he dejado acreditado en el mismo mediante el Poder acompañado o las designaciones *apud acta* que obran en el Sumario 53/08 de que toma causa la presente, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que en fecha 10 de junio de 2009 se me ha notificado la Providencia del anterior día 8 que acuerda:

"(...) de los anteriores escritos presentados por la Procuradora Sra. Millán Valero (...) ex artículo 11.2 de la LOPJ las peticiones autoinculpatorias incorporadas a los mismos deben ser rechazadas, por cuanto la 'calidad de inducción y cooperación necesaria' con los delitos investigados que se dice, no se sustentan en relación material o sustantiva alguna de personas físicas descritas o individualizadas, no habiendo lugar a las personaciones interesadas ni al ejercicio del derecho de defensa, careciendo de legitimación para ello, debiéndose abstenerse de perturbar la jurisdicción del Tribunal Supremo con peticiones infundadas y manifiesto abuso de derecho".

Que al amparo del art. 236 de la LECrim mis representados interponen recurso de súplica por considerar dicha Providencia manifiestamente arbitraria, incongruente y contraria a Derecho, dicho sea con el debido respeto y en ánimo de defensa. Basan esta pretensión en los antecedentes y fundamentos de Derecho que paso a exponer.

ANTECEDENTES

1. La Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión), ha acordado que.

"10.2. Los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada (...)"

A partir de la Observación General 31 al Pacto Internacional de Derechos Civiles formulada por el Comité de Derechos Humanos, cabe recordar en primer lugar como, "el artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, **judiciales**, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas"^[2]; la obligación jurídica derivada del párrafo 1 del artículo 2 "es tanto de carácter negativo como positivo"^[3].

Así, conforme a dicho artículo 2 "puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes", incluso "como resultado de que los Estados Partes se permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas"^[4].

2. En escrito de 26 de enero de 2009 el denominado Sindicato de Funcionarios "Manos Limpias" interpuso querrela por presunto delito de prevaricación contra el

^[2] Observación General n. 31. Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 7.

^[3] Observación General n. 31, *ob cit*, pto. 6. Y así conforme al mismo: "Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...).

^[4] *Observación General* n. 31, *ob cit*, pto. 8, cursivas propias; Y todavía: "El pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil. Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas", pto. 8, como, por ejemplo, a la pretendida participación "de particulares" u organizaciones como Falange tanto en las ejecuciones como en el secuestro de menores en Francia y otros países denunciadas por mis representados y no investigados hasta hoy.

Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 *“en relación con las Diligencias Previas 399/2006, convertido posteriormente en Sumario 53/08”* (página 1). La querrela identifica como origen de la misma el siguiente hecho:

“El 14 de diciembre de 2006 se presentaron ante la Audiencia Nacional distintas DENUNCIAS referidas a supuesto delitos de Detención Ilegal respecto de personas (...). Al día siguiente, esto es, el 15 de diciembre de 2006, fueron estas denuncias turnadas al Juzgado Central de Instrucción nº 5 (...)

“ Entre el 15 de diciembre de 2006 y 6 de octubre de 2008 (...) se fueron acumulando sucesivas denuncias presentadas por diferentes personas o entidades y que fueron acumuladas en las citadas Diligencias dado que, al parecer, todas ellas se refieren al mismo tipo de supuesto delito de detención ilegal, y al mismo período temporal de comisión que las originarias de 14 de diciembre de 2006.” (Hechos 7º y 8º).

Escrito está: según la querrela son las “distintas DENUNCIAS” la causa material y sustantiva del Sumario 53/2008 incoado por el Jº Central de Instrucción nº 5.

En efecto, las “denuncias” fueron interpuestas por las personas que, en escrito de 2 de junio de 2009, han confesado ante el Alto Tribunal ser *“causa última, mediata e inmediata de los presuntos delitos imputados en el presente procedimiento, en calidad de inducción y cooperación necesaria”*. La relación material o sustantiva la han acreditado en las copias aportadas:

Denuncia formulada
por

	Páginas	
D. Teofilo Goldaracena Rodriguez	35, 38, 42, 43, 70, 89, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Francisco Javier Jiménez Corcho	42, 61, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Julián de la Morena López	96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Marcial Muñoz Sánchez (en nombre de Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo).	37, 38, 39, 40, 42, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 64 71, 87, 90, 91, 99, 113, 130	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009

D. Antonio Ontañón Toca, en nombre de la Asociación Héroes de la República y Libertad	73	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. José Antonio Carrasco Pacheco, Presidente de Associació Cultural Memòria i Justícia d'Elx i Comarca".	74, 91, 96	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
"Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo"	31, 33, 38, 39, 40, 42, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 64, 75, 76, 78, 79, 80, 91, 109	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
Recuperación de Memoria Histórica de Arucas.	31, 44, 47, 50, 52, 55, 57, 60, 64, 66, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 90, 91, 113, 120, 122, 127	Firma el escrito de personación de 2 -06 - 2009
Memoria Histórica do 36 de Pontearreas	32, 36, 34, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 64, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 90, 91, 113, 118, 120, 122, 127	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Francisco Sánchez García, en nombre de Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga.	96, 108, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06- 2009
Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló.	74, 91, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. José María Rojas Ruiz, en nombre de Izquierda Republicana de Castilla y León.	96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009

AFFDNA36	89, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
SALAMANCA MEMORIA Y JUSTICIA	71, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009

Consta, pues, en su escrito de 2 de junio de 2009 la prueba documental de que mis representados son la causa material y sustantiva de las resoluciones que, pedidas para investigar los crímenes de lesa Humanidad, ha adoptado el Instructor, incluida, en particular, la conexión entre la insurrección armada contra el Gobierno legalmente constituido como medio para cometer crímenes de lesa Humanidad, según quedó ampliamente documentado con la tesis inédita de D. Rafael Gil Bracero sobre la trama conspirativa; el informe depositado en el Archivo Militar de Ávila del que fue autor el T.C. de la época D. Emiliano Fernández Córdón; las citas sobre la "Historia de la Cruzada Española", de Joaquín Ararás Arribaren; la devortebación de las instituciones republicanas con exterminio de sus cargos, según detallado examen del historiador Joan Serrallonga i Urquidi; el exterminio del adversario político, documentado por el magistrado, Sr. Del Águila Torres; todo ello, citado y aportado documentalmente junto al escrito de fecha 22 de Septiembre. Así como, para mayor abundancia, el examen del carácter de milicia auxiliar de la Falange Española y de las Jons, con la aportación de normas de rango legal que lo reflejan y quedaban recogidas en el recién creado B.O.E., a iniciativa de los militares sublevados; más un inicial informe recogiendo las fuentes de la general existencia de víctimas producidas en todo el territorio español, realizado por el historiador, Sr. Espinosa Maestre, acompañado al escrito fechado el 28 de Julio de 2008, también incorporado; el amplio informe forense del profesor de Medicina Legal, Sr. Echeverría Gabilondo, igualmente aportado en fecha 22 de Septiembre de 2008, que reflejaba la sistematicidad de muerte en los desaparecidos exhumados; etc ., etc.

3.- Mis representados instaron en escrito de

- 4 de junio de 2009, la suspensión del curso del presente pleito desde el jueves 4 de junio de 2009 y que se abstuvieran los Excmos. Sres. Magistrados recusados de adoptar resolución alguna mientras se ejecutaba lo

dispuesto en los artículos 224.1.4^a, 223.3, 225 y, en su caso, el art. 227.1º de la LOPJ;

- de 6 de junio de 2009, que se señalara una fecha y hora para que los firmantes de la respetuosa propuesta de recusación de 4 de junio de 2009 puedan ratificarse en presencia judicial, después que se les negara la posibilidad de hacerlo cuando se presentaron a este fin en la Secretaría el 5 de junio.

4. En la Providencia de 8 de junio de 2009 el Alto Tribunal ha acordado que las víctimas de las desapariciones forzadas deben *"abstenerse de perturbar la jurisdicción del Tribunal Supremo con peticiones infundadas y manifiesto abuso de derecho"*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Contra la resolución que inadmite una denuncia cabe el recurso de súplica del art. 236 de la LECrim., según constante jurisprudencia (Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Civil y Penal, Auto núm. 51/2008 de 17 julio, JUR 2008\300233; Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1ª), Auto de 19 noviembre 2004, JUR 2005\14067 ; Tribunal Supremo (Sala de lo Militar), Auto de 6 julio 2005, JUR 2005\271398; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Auto de 29 septiembre 2003, JUR 2003\230195, entre otras resoluciones.

II

Lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuese manifiestamente falsa.

La autodenuncia voluntaria en supuestos de prevaricación está implícitamente admitida por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia de 19 noviembre de 2003, RJ 2003\9246).

La Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 3/1986 de 1 diciembre (JUR 2007\114459), a la pregunta

"¿cuándo deberá entenderse que sea manifiestamente falsa la denuncia?" responde que

"aquel carácter deberá reducirse necesariamente de datos fácticos, tales como autoinculpaciones colectivas sin especificación de lugar, tiempo ni persona; (...) el hecho de haberse verificado mediante escritos o impresos formularios o a través de manifestaciones verbales coincidentes. De cuanto antecede se desprende que cuando de este modo vengán materializadas las autoinculpaciones será indispensable para admitir a trámite la denuncia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Ministerio Fiscal interese que vengán acompañadas de indicios reales de pruebas suficientes".

En la especie, en el escrito de 2 de junio de 2009 se han aportado los datos fácticos de la autoinculpación hecha con asistencia de Letrado, consistente en denuncias y peticiones sin las cuales no era posible adoptar las resoluciones objeto de la querrela de "Manos Limpias".

III

En materia de *nullum crimen sine lege* el artículo 7, apartado segundo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que:

"2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas."

Ante los casos *Papon contra Francia* y *Kolk Kislyiy contra Estonia*¹, el Tribunal Europeo de DDHH sostiene:

En *Papon*:

"La Corte destaca que el párrafo 2 del antedicho artículo 7 contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuese considerado criminal de acuerdo a los principios generales del derecho

¹ *Papon contra Francia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de Noviembre de 2001, y *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006.

reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad en cuanto a los crímenes contra la humanidad, respecto a los cuales la regla de que no pueden ser sujetos a limitaciones temporales fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg anexo al Acuerdo Interaliado del 8 de agosto de 1945 (...)”²

En Kolk:

“La Corte reitera que el artículo 7.2 de la Convención contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuese considerado criminal de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en relación a lo cual la regla de que no pueden ser sujetos a limitación temporal alguna fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (...) La Corte hace notar que incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieron ser considerados como legales por la legislación soviética en su momento material, fueron en todo caso considerados por los tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de su comisión³.

Ello ha sido reiterado en dos Sentencias recientes:

Sentencia Korbelly vs Hungary, de 19 de septiembre de 2008:

70 (...) **an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision - and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice - what acts and omissions will make him criminally liable. The Court has thus indicated that when speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability.**

(...)

² Papon contra Francia, ob cit, pto 5 de la toma de posicionamiento de la Corte.

³ Kolk y Kislyiy contra Estonia, ob cit, considerando único.

1. In the light of the above principles concerning the scope of its supervision, the Court notes that it is not called upon to rule on the applicant's individual criminal responsibility (...) **Its function is, rather, to consider, from the standpoint of Article 7 § 1 of the Convention, whether the applicant's act, at the time when it was committed, constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability by domestic or international law (see *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, § 51).**

En el caso de las desapariciones en España, la «previsibilidad» toca con la *lex artis* del profesional: altos oficiales del ejército que conocen el gran tratado de las leyes de la guerra del momento, la Convención de La Haya, ratificada por España 36 años antes, que se estudiaba en las academias militares de España y Europa.

Sentencia *Kononov v Latvia*, de 26 de enero de 2009.

"2. With regard to Article 7 § 2, the Convention institutions have commented as follows:

(a) The second paragraph of Article 7 of the Convention relating to "the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations" constitutes an exceptional derogation from the general principle laid down in the first. **The two paragraphs are thus interlinked and must be interpreted in a concordant manner** (*Tess v. Latvia* (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002).

(b) The preparatory works to the Convention show that the purpose of paragraph 2 of Article 7 is to specify that Article 7 does not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish war crimes, treason and collaboration with the enemy; accordingly, it does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (*X. v. Belgium*, no 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). This reasoning also applies to crimes against humanity committed during this period (*Touvier v. France*, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports (DR) 88, p. 148; and *Papon v. France* (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII (extracts)).

El sentido de la Providencia recurrida es contrario a la doctrina del TEDDHH.

IV

El art. 7.2 del CEDDHH fue incluido como excepción expresa para la persecución de tales crímenes alejados de toda idea de Humanidad.

La Providencia recurrida vulnera dicha norma en la medida que la misma se funda en una interpretación desconexa de la legalidad penal, del 7.1 del Convenio Europeo al margen del 7.2, al contrario de su visión conjunta por el TEDH. Lógica por lo demás, por la relación de especialidad del 7.2 respecto del supuesto general del 7.1, específicamente previsto ante la necesidad de evitar la impunidad de todo lo acontecido en un determinado periodo de horror en España y Europa.

Y el TEDH precisa cómo le resultará de aplicación, aunque se alegue que un Estado (en la especie, la URSS) no había firmado el Convenio de La Haya (España si lo había hecho, en 1900, Gaceta Oficial del Estado, de 22 de Noviembre de 1900, a rubrica de los enviados plenipotenciarios de la Reina Regente de España en representación del Rey , el Duque de Tetuán, ex Ministro de Estado, el Sr. D.W. Ramírez de Villaurrutia, su enviado extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Bruselas, y el Sr. D Arturo de Bagner, Su enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en el Haya):

3. The Court observes that neither the USSR nor Latvia were signatories to the Hague Convention of 1907. Consequently, in accordance with the "general participation" clause contained in Article 2, that Convention was not formally applicable to the armed conflict in question. However, as the International Military Tribunal for Nuremberg stated in its judgment of 1 October 1946, the text of that Convention constituted codification of the customary rules which, in 1939 - by the time the war broke out - "were recognised by all civilised nations" (see paragraph 61 above).

V

A la luz de nuestro concreto sistema constitucional, podemos hablar de un doble nivel de consecuencias internas del artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (la aplicación de lo que sigue, en cuanto a la conexión de

la violación de los arts 3 CEDH y 7 del Pacto de Derechos Civiles respecto el artículo 15.

Ratificado de manera inmediatamente subsiguiente a nuestra propia Constitución (en el año 1979), en virtud de su artículo 96 el Convenio Europeo se sitúa jerárquicamente por encima de cualquier ley orgánica nacional, incluido la ley orgánica penal. España no formuló reserva alguna al artículo 7.2.

La Providencia recurrida es opuesta a esta doctrina.

VI

El Convenio Europeo opera también determinando el propio contenido interno de Derecho Fundamental en virtud del 10.2 de la Constitución: "10.2 *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España*".

Norma que, como ha tenido ocasión de señalar nuestro Tribunal Constitucional, establece así:

"una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la practica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra,

que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso"⁴.

Y partiendo de esto mismo, sin duda, los instrumentos más relevantes en virtud de dicho precepto Constitucional, y junto a la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, habrán de ser, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Y ello sin olvidar que el contenido de tales tratados ha de ser particularmente entendido a la luz de sus respectivos órganos de tutela e interpretación designados por los mismos, esto es, destacadamente, la prestigiosa, en todo caso vinculante para nuestro país⁵, praxis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también las propias decisiones y observaciones generales del propio Comité de Derechos Humanos⁶.

⁴ STC 36/1991, 14 de febrero, Fundamento Jurídico 5.

⁵ Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es quien, en caso de disparidad de criterios entre el Estado - presuntamente infractor - y los demás órganos del Consejo europeo, fija definitivamente el sentido y contenido de los preceptos de la Convención que se consideran transgredidos y además, con naturaleza vinculante tanto para el Estado afectado como para los demás miembros de la Comunidad. Porque de acuerdo con el artículo 45 de la Convención su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la misma; y, según el artículo 46, su jurisprudencia es obligatoria de pleno derecho, APARICIO PÉREZ, M.A. (1989): "La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales", en: *Jueces para la Democracia*, n.6, pág. 17; cómo en especial cabe recordar respecto a dicho organismo internacional por parte de nuestro Tribunal Constitucional - igualmente en directa invocación del artículo 10.2 y ya desde sus primeros pronunciamientos -, en la sentencia 12/1981, de 10 de abril, recogiendo "el criterio sustentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt), aplicando el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, ratificado por España, con arreglo al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, conforme al artículo 10.2 de la norma suprema".

⁶ Así, de nuevo con APARICIO PÉREZ: "en virtud de esa (...) especial fuerza receptiva que la Constitución otorga a este tipo de tratados, los criterios para la interpretación constitucional no sólo están contenidos en las propias disposiciones del tratado de que se trate sino que se hallan también en su *práctica normativa*, es decir, en las decisiones disposiciones y acuerdos que surjan de los órganos internacionales encargados de darles contenido, asegurar su cumplimiento y, en definitiva, interpretarles". Con lo que nos encontramos ante una remisión a dos elementos "inescindibles": las normas internacionales y la práctica internacional de esas mismas normas, "La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española (...)", *ob cit.*, pág. 11; viniendo a coincidir así igualmente con SANZ ARNAIZ que vendrá a destacar además, la especial importancia otorgada por nuestro Tribunal Constitucional a

La Providencia recurrida es opuesta a esta doctrina.

VII

La Providencia recurrida desconoce que no se trata, por tanto, *“únicamente” de que con el artículo 96.1 de nuestra Constitución, “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno”,* en términos de *bloqueo de constitucionalidad*, dada su elevada posición jerárquica dentro de nuestro ordenamiento -disciplinando el ordenamiento infra-constitucional - sino que los tratados de derechos humanos operarán disciplinando el contenido de los derechos fundamentales en el propio nivel constitucional. En ambos casos porque así lo ha querido nuestra Carta Magna; en el caso específico objeto de nuestro interés, el del artículo 10.2, como expreso posicionamiento frente a las tesis contrarias a una tal apertura⁷.

Esto es, el artículo 10.2 resulta plenamente vigente, la debida apertura constitucional es una realidad, y algunos de los posicionamientos jurídicos actualmente reconocibles ante el caso de los desaparecidos del franquismo denunciado por mis representados - como si los tratados internacionales de derechos humanos que amparan a desaparecidos y familiares terminasen en los Pirineos - fueron, justamente, los efectivamente *descartados* en el debate de su redacción, y no al revés.

los organismos interpretativos y de aplicación de carácter propiamente jurisdiccional, como sería el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. *“La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos (...)”*.

⁷ Precisamente en este sentido contrario a tales efectos diferenciados del artículo 10.2, la argumentación del senador socialista Sainz de Baranda, que resultaría finalmente desatendida, al señalar: *“Creemos que es innecesario y además, nocivo, porque al convertir en constitucionales los tratados y ordenar la integración del derecho español en ellos, lo que estamos haciendo no es una mera introducción en el orden jurídico interno de los tratados, sino que estamos construyendo una Constitución paralela, es decir, que si esta enmienda prospera, España tendrá dos Constituciones: la Constitución aprobada por nosotros como mandatarios del pueblo, más los textos vagos e incorrectos del Derecho internacional(...)”*; no ciertamente dos Constituciones, pero si, en cambio, un texto Constitucional abierto el mismo, no ya su bloque, a la tratadística y praxis de la tutela internacional de los derechos humanos ha sido el resultado, Vid. APARICIO PÉREZ, M.A. *“La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución (...)”*, *ob cit.*, pág. 10.

Basta abrir la Constitución y leer el artículo 10.2, y acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a lo largo de todos estos años ha venido reconociéndole un tal papel a dicho precepto.

Y así, una vez más con nuestro Tribunal Constitucional, *“no cabe desconocer (...) que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”*⁸. Y vincular de forma inmediata a todos nuestros poderes públicos, los Tribunales, el Gobierno, todas nuestras autoridades, la Administración General del Estado.

Como ya señalara GONZÁLEZ CAMPOS, el artículo 10.2 comprenderá todos los tratados ya ratificados por España así como aquellos otros en los que nuestro país pueda ser parte⁹, de igual modo que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos ratificado en 1979, con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 10.2.

VIII

La Providencia recurrida no ha tomado en consideración la específica incidencia de instrumentos sectoriales como ahora el nuevo Convenio de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas. Y ello en tanto que, de hecho, dicha práctica interpretativa por parte de nuestro Tribunal Constitucional ha contemplado en ocasiones tratados internacionales no específicos de derechos humanos en la

⁸ STC 21/1981 de 15 de junio, Fundamento Jurídico 10; vid. así mismo la más reciente STC de 30 de 3 de 2000, reconociendo la especial relevancia hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, como han tenido ocasión de destacar igualmente DE PRADA SOLAESA, BAYARRI GARCÍA y SÁEZ VALCARCEL con ocasión de su voto particular de 4 de diciembre de 2008, al auto de 2.12.2008 de la Audiencia Nacional, Vid. voto particular que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel, Audiencia Nacional, Pleno Sala de lo Penal, Rollo de Sala 34/2008, pto. 3 de las conclusiones.

⁹ Y así, tal y como ya hemos apuntado con la elocuente formulación de la sentencia 36/1991 - y en coincidencia con dicho autor - en definitiva el artículo 10.2 ordena la forma de interpretar, la amplitud y el alcance de los derechos fundamentales, vid. más ampliamente GONZALEZ CAMPOS, J.D. (1999): “Las normas internacionales sobre Derechos humanos y los derechos reconocidos en la Constitución española, Art. 10.2 C.E”, en: *Tres lecciones sobre la Constitución*, editorial Megablum, Sevilla.

medida en que alguna de sus disposiciones permitiese interpretar el alcance de alguno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna, e incluso - más allá de lo amparado por el propio artículo 10.2 de nuestra Constitución - ha llegado a tomar como parámetro interpretativo indirecto del alcance de derechos fundamentales consagrados otros textos internacionales sin naturaleza específica de tratado - de carácter por tanto no vinculante para los Estados, como ha sido el caso de las Recomendaciones de la OIT, y otros instrumentos de Naciones Unidas como ha puntualizado por su parte SANZ ARNAIZ¹⁰.

IX

La Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión) invoca expresamente:

"10.3.8. El incumplimiento del deber de investigar efectivamente toda presunta desaparición forzada debe constituir un crimen independiente conminado con una pena adecuada (...)".

Mis representados consideran que

- en el derecho interno e internacional vigente en España lo constitutivo de delito es abstenerse o impedir que se investiguen los crímenes de lesa Humanidad que les afectan y han expuesto en sus denuncias, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 262, 264 y 269) y en el Código Penal (arts. 408, 447 a 449, 542, en concurso del art. 8, regla 3ª);

- sienten que la Providencia recurrida supone un trato inhumano (art. 172 del Código Penal en relación con los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de DDHH y el art. 24 de la Constitución);

¹⁰ SANZ ARNAIZ, A. (1999): "La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución", Consejo General del Poder Judicial, Madrid; De hecho y en palabras del Comité de Derechos Humanos, no cabe olvidar como "Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes", Observación General n. 31, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 11, cursivas propias.

- sienten que dicha Providencia coacciona a impedirles el ejercicio del derecho fundamental a que un Tribunal imparcial se pronuncie sobre la confesión que suscriben el 2 de junio de 2009, a que su denuncia de los crímenes de lesa Humanidad que les afectan sea investigada por el juez predeterminado por la Ley y con todas las garantías.

En efecto, la más reciente jurisprudencia del TEDH (*Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, de 6 de abril de 2009 y *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, de 6 de Abril de 2009, y *Takhayeva y otros contra Rusia*, de 26 de enero de 2009; *Chipre c. Turquía*) pone en relación la ausencia de "investigación oficial efectiva e independiente" como trato inhumano a las víctimas de "desapariciones" (mucho más allá de la mera "indefensión"). Considera que no investigar casos de desaparición es un trato inhumano a las víctimas.

En *Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 8 años (párr. 117)

En *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 5 años (párr. 88)

En *Takhayeva y otros contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 4 años (párr. 102)

X

El art. 174 del C. Penal tipifica como tortura el sufrimiento mental no solo para obtener información sino también "*por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*".

El anómalo trato dado una y otra vez a los desaparecidos del franquismo que mis representados han denunciado, el someterlos a condiciones, abusando del cargo propio, "*que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales... o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral*"), entra en concurso con los artículos 408, 447 y ss del Código Penal, en relación con el art. 3 del Convenio Europeo de DDHH.

Se ha vulnerado el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al decidir no investigar las más de 150.000 desapariciones denunciadas por mis representados, dejando a las familias de mis representados en el sufrimiento y la incertidumbre. No cabe hablar solo de indefensión, sino de una indefensión de una especial intensidad que conlleva una adicional violación, autónoma, del 3 CEDH.

La Providencia recurrida abunda en ese sentido. Cualquiera que sea el desenlace, y su momento, de la presente causa, su mera incoación produce daño a las víctimas al dilatar la investigación judicial de los crímenes de lesa Humanidad que han denunciado.

XI

El artículo 15 de la Constitución, pues ésta en su artículo 10.2 dice que el contenido de los Derechos Fundamentales se interpretará de conformidad con los tratados internacionales de DDHH y de conformidad con la jurisprudencia interpretativa de tales tratados por parte de sus órganos aplicativos, como dice el Tribunal Constitucional. Es decir, concurre conexión directa de la jurisprudencia del TEDH con el contenido constitucional del artículo 15 CE (prohibición del trato inhumano. Lo que la Providencia recurrida ha desconocido.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tener por interpuesto recurso de Súplica frente a la Providencia de 8 de junio de 2009 y, tras su sustanciación por el Tribunal al que reenvía el Otrosí, dejarla sin efecto y acordar lo pedido en el escrito de 2 de junio de 2009.

OTROSI DIGO: Que mis representados reiteran y dan por reproducidos la propuesta de recusación razonada en su escrito de 2 de junio de 2009, el motivo y principios de prueba de la misma.

Suman a la proposición de prueba la Providencia de 8 de junio de 2009, dictada por los propios recusados en contraposición con lo que dispone el art. 24.2 de la Constitución.

Con el debido respeto, solicitan, por consiguiente, que los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre se consideren recusados para resolver el presente recurso de súplica, con remisión del mismo a quien corresponda proseguirlo, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente; en caso contrario, ordenar la formación de pieza separada con el presente escrito de recusación y el auto denegatorio de inhabilitación, quedando nota expresiva en los autos; tener por instado el recibimiento a prueba del incidente en los términos formulados en este escrito, acuerde la celebración de vista pública y estime tal recusación.

En su virtud,

A LA SALA SUPPLICO: Que teniendo por reiterada la respetuosa propuesta de recusación formulada el 2 de junio de 2009, ordenar la formación de pieza separada con el escrito de recusación, quedando nota expresiva en los autos; tener por instado el recibimiento a prueba del incidente en los términos formulados, acuerde la celebración de vista pública y estime tal recusación.

SEGUNDO OTROSI DIGO: El Alto Tribunal ha devuelto, sin dejar testimonio en la causa, los escritos de mis representados de 2 de junio de 2009 y ss. y las pruebas en que se sustentan. Se acompañan al presente recurso por ser necesarios para demostrar lo que en el mismo se sostiene.

En su virtud,

A LA SALA SUPPLICO: Que como medio de prueba de lo que se pide en el presente escrito, restituyo a la causa los anteriores escritos y documentos presentados por mis mandantes.

TERCER OTROSI DIGO: Que reitero las peticiones formuladas en los escritos de 4 y 6 de junio de 2009.

En su virtud,

A LA SALA SUPPLICO: la suspensión del curso del presente pleito desde el jueves 4 de junio de 2009 y que se abstengan los Excmos. Sres. Magistrados recusados de adoptar resolución alguna mientras se ejecuta lo dispuesto en los artículos 224.1.4ª, 223.3, 225 y, en su caso, el art. 227.1º de la LOPJ; que señale una fecha y hora para

que los firmantes de la denuncia y de respetuosa propuesta de recusación de 2 de junio de 2009 puedan ratificarse en presencia judicial, después que se les negara la posibilidad de hacerlo cuando se presentaron a este fin en la Secretaría de la Sala el 5 de junio.

Madrid, 12 de junio de 2009

Fernando Magán Pineño
Inscrito con el n° 317
Colegio de Abogados de Talavera